

點來看，判決「有罪」就不是那麼不可思議了！

諾貝爾經濟獎得主布坎南嘗言：即使在最民主的社會裡，在某些方面都還殘留著專制獨裁的成分。如果我們肯定這句話，也肯定個人對社會這個大環境的責任，我們對於自己周遭的不仁不義，是不是也該有所因應呢？

## 結 語

關於因果關係的探討，法學和經濟學有很大的歧異。在經濟學裡，因果關係是由眾多資料中歸納而得；因此，經濟學者對因果關係的掌握，主要是一些通則。對於特殊的個案，經濟學者能夠置喙的極其有限。相形之下，在法學裡，因果關係是由個案中抽絲剝繭而出，然後再類推適用到其他案例上。因此，法律學者是由個案中，提煉出通則，再以通則（各種法原則）去處理其他個案。

不過，雖然學科性質使然，法學裡和經濟學裡的因果關係，有些微妙的差異；他山之石，可以攻錯出火花和智慧。在這一章裡，我嚐試由經濟分析的角度，為法學裡關於因果關係的探討、添增些許的養分。

主要的見解，有兩點：首先，關於因果關係，「是否成立」和「成立之後則如何」，是兩大問題；在法學裡，這兩個問題通常是分開處理。在經濟分析裡，可以利用同一套思維架構，同時處理這兩個問題。第二，由經濟分析的角度，可以把因果關係這個概念，看成是一種（思維上的）工具；工具的內涵、功能、操作方式、利弊得失等等，自然會受到環境裡相關條件的影響。運用工具有成本效益的考量，運用因果關係這個概念時，當然也是如此。

蒲士納法官嘗言：「對於公平正義的追

求，不能無視於其代價！」。同樣的，在追求明察秋毫和明鏡高懸時，也不能無視於其代價！

## 相關文獻：

- (1) Cooter Robert and Ulen, Thomas. *Law and Economics*, 3rd ed., Glenview, Ill.: Scott, Foresman, 1998.
- (2) Harris, J. W. *Legal Philosophies*, 2nd edn., London: Butterworths, 1997.
- (3) Hazlitt, Henry. *Economics in One Lesson*, New York: Arlington House, 1979.
- (4) Kaufman, Andrew L. *Cardozo*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- (5) Owen, David G. ed. *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- (6) Posner, Richard A. *Cardozo: A Study in Reputation*, Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- (7) -----, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1998.
- (8) Wright, Richard W. "Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility," *Vanderbilt Law Review*, Vol. 53, No. 3, pp. 1071-1132, 2001.

（本文作者為台大經濟系教授、香港城市大學財務及經濟學訪問教授）

# 論給付不能之分類與歸責問題

張 永 健

## 摘要

本文運用法律經濟分析，探討給付不能的分類與歸責問題。本文主張打破自始/嗣後、主觀/客觀不能的界線，以「風險」概念貫穿之。所有給付不能都適用第225條、第226條、第266條、第267條來處理。

可歸責與不可歸責的界定，本文介紹、批評、整合了「風險分擔理論」與「優勢風險負擔理論」。認為修正後的優勢風險負擔理論適合作為我國法上判斷歸責的標準。

## 關鍵字

效率、給付不能、歸責、風險、法律經濟分析、契約、風險分擔理論、優勢風險負擔理論、預設任意規定

## 壹、前 言

「自始客觀不能」之問題，通說認為諸如「出賣前房屋焚燬」或「出賣不存在的專利權」等案型，應適用民法（下同）第246條，使契約無效。作者（註一）曾為文處理此問題，得出如下結論：

契約法條文之立法論，有「多數的預設任意規定理論」及「懲罰性預設規定理論」。前者是指：立法者應該將『大多數受規範者在沒有法律情況下會自行擬定的契約條款』制訂成法律。由立法者代勞，將條款制訂成條文，可

以節省交易成本。後者是指：在某些交易中，雙方的資訊不對等。立法者應將契約法條文制訂成對資訊較豐富者不利，迫使其與對方另訂新約，因而揭露資訊。

以「出賣前房屋焚燬」或「出賣不存在的專利權」等案型而言，多數交易若無法律規定，會是賣方承諾「若無法履約就賠償履行利益」，並藉此獲得較高的契約價金。故從「多數的預設任意規定理論」之觀點，此種案型不應該適用第246條。從「懲罰性預設規定理論」之觀點，賣方是這種交易中掌握較多資訊的一方，而履行利益的賠償責任對其較（信賴利益之賠償）不利。故契約法之預設任意規定應該讓賣方在違約時負擔履行利益的賠償責任，仍不應該適用第246條。

不過，前文未處理適用法條的問題，也沒有處理自始主觀不能，乃至於整個給付不能體系如何整合解釋的問題。這四種分類（自始客觀、自始主觀、嗣後客觀、嗣後主觀不能）的解釋論與立法論將是本文關注的第一個焦點。

判斷歸責與否，是給付不能問題的核心。第225條、第226條、第266條、第267條的「（不）可歸責」應如何解釋？背後的經濟道理何在？是本文關注的第二個焦點。

「歸責」是個很大的題目，本文屬「初探」性質，將以債篇總論層次的討論為主，至於比較具體的債篇各論問題，（註二）因為無法一概而論，本文僅在最後作初步的檢討。更深入的研究，俟諸後文。契約的態樣千奇百怪，為了方便

註一：張永健，自始客觀不能之經濟分析，月旦法學雜誌86期，頁155-66，2002年。

註二：「權利瑕疵擔保」就是債各的大問題。不過，「權利存在」或「權利無缺」只是契約風險的一種，故同樣可以納在本文的架構下討論。初步的說明請參考下文陸、債各中分配風險的規定。關於權利瑕疵擔保，請參考王澤鑑，出賣被查封的不動產與給付不能-最高法院八二年度台上字

說明，本文會以最為人熟知的物之買賣契約作例子。並將物之出賣人稱為「賣方或債務人」，物之買受人稱為「買方或債權人」。

本文將先說明我國的學說見解，並引介美國契約法的處理方式，作比較法之基礎，並作為經濟分析的背景資料。接下來勾勒給付不能經濟分析的輪廓，並引介、批判、整合分配風險的兩大理論。再以優勢風險負擔理論的洞見，反省給付不能的分類與歸責問題。討論債各一些具體規定後，作結。

## 貳、我國學說見解

我國多數學者以「自始、嗣後」與「主觀、客觀」排列組合，將給付不能的態樣分為「自始客觀不能」、「自始主觀不能」、「嗣後主觀不能」、「嗣後客觀不能」。不過，通說（而且應該沒有任何異說）認為嗣後不能無須再區分為「嗣後主觀不能」和「嗣後客觀不能」，兩者同樣適用第225條和第226條。自始不能，除了孫森焱大法官（註三）認為（應該和

嗣後不能一樣）無須區分主觀不能和客觀不能外，其他學者皆認為應該區分為「自始客觀不能」和「自始主觀不能」。自始主觀不能是眾說紛紜、爭論不休的問題，連我們「取法」的對象德國都沒有定論。（註四）

王澤鑑教授早期認為自始主觀不能時，債務人應負「擔保責任（註五）」；（註六）後來，則在「擔保責任說」和「類推適用（第225條、第226條）說（註七）」間擺盪。「依本文見解，首應探求當事人意思及解釋契約，以決定債務人應負之責任。當事人無約定者，原則上須債務人對主觀給付不能可有可歸責之事由，始應負責（註八），這是偏向了「類推適用說」。（註九）黃茂榮教授在其「買賣法」中也僅陳列兩說的利弊得失，並未採取立場。（註一〇）簡言之，對「自始主觀不能」應賦予何者法律責任，本問題並無「通說」，甚至連「多數學說」都不可得。

第225條、第226條等條所稱之「可歸責」意義為何，學者較有一致之見解，認為應依第220條之規定。黃茂榮教授有清楚的闡釋：「何謂『可歸責』？大多數情形指『故意或過失』而

第一零三四號判決的檢討，法學叢刊39卷1期（153期），頁1-8，1994年。黃茂榮，論承攬，「民法研究二」，頁91註36，學林文化，1999年。黃茂榮，債務不履行（二）：給付不能，植根雜誌第14卷第12期，頁586-87，1999年。陳聰富，出賣人之權利瑕疵擔保責任，月旦法學雜誌第67期，頁10-1，2000年。

註三：孫森焱，論給付不能，「固有法制與現代法學-戴炎輝七秩華誕祝賀論文集」，頁469-96，台大法律系出版，1978年。及孫森焱，「民法債篇總論（下）」，頁499-505，自行出版，2000年。本見解也有少數德國學者採取，請參閱郭麗珍，自始給付不能之履行請求權，政大法學評論第54期，頁260-61，1995年。

註四：自始客觀不能的討論，請參考註1文。

註五：也就是不論債務人可歸責與否均須負責。

註六：王澤鑑，給付不能，「民法學說與判決研究」第一冊，頁429，自行出版，1975年。

註七：也就是債務人是否須負責，視是否可歸責而定。

註八：王澤鑑，自始主觀給付不能，「民法學說與判決研究」第三冊，頁56，自行出版，1981年。

註九：王澤鑑，三論「出賣他人之物與無權處分」：基本概念仍待澄清，「民法學說與判決研究」第五冊，頁98，自行出版，1987年中對德國少數說的介紹，也是偏向「類推適用說」。

註一〇：黃茂榮，「買賣法」，頁365-70，植根，2002年修訂五版。另外請參考黃茂榮，債務不履行

言，但不盡然如此。於契約關係尚須視具體情形，就個案認定之。（債務之履行需要債權人之協力始能為之者，債權人之不協力，屬於一種可歸責於債權人致給付不能的態樣之一。）有時必須是重大過失...例如第434條；...有時縱無過失也論為可歸責於債務人。」（註一一）此外，過失的下位概念除了「重大過失」之外，還有「抽象輕過失」和「具體輕過失」。學者多引用債各中的「善良管理人」（註一二）來定義抽象輕過失，例如邱聰智教授就用「交易上一般觀念，認為有相當知識、經驗及誠意之平均理念人，並非現實社會生活各人注意之平均值，而係理念之存在，且為抽象標準」（註一三）來定義「抽象輕過失」和「善良管理人」的概念。至於「具體輕過失」則引用第223條以「與處理自己事務為同一注意」（註一四）作為標準。在無特別規定時，所謂的「可歸責」意指「行為人有抽象輕過失」。（註一五）歸責的規定影響了雙方當事人負擔的風險。民法第225條、第266條規範「不可歸責於雙方當事人」的情形。但不可歸責於雙方不表示風險沒有人承擔，只要風險發生了，就一定有人（得）承擔！債務人負擔什麼風險？有認為是

「損失標之物之風險和未得價金之風險（註一六）」。但這似乎重複計算了。論其實際，一旦訂了契約，無論是履約或是給付不能，賣方和標之物註定是要分道揚鑣了。所以債務人/賣方只承擔了「價金危險」。（註一七）（註一八）債權人/買方雖然未至承擔「給付危險」的地步，但仍損失「履行利益減掉價金」（因為若契約履行，他付出價金就能得到履行利益）。所以，債權人/買方承擔「利潤危險」。（註一九）

民法第225條、第267條則規範「可歸責於債權人，而不可歸責於債務人」的情形。因為債權人必須支付價金，所以債務人未承擔任何風險。債權人則賠了標的又折金。

民法第226條、第267條則規範「可歸責於債務人，而不可歸責於債權人」的情形。債務人必須賠償債權人履行利益（債權人也必須支付價金），所以債權人未承擔風險。債務人失去標的物，賠償債權人的履行利益，但得到價金=得到自己的利潤-賠償金=得到自己的利潤-（價金+買方的利潤）

## 參、美國契約法的處理方式

（二）：給付不能，植根雜誌第14卷第12期，頁573，1999年。

註一一：黃茂榮，債務不履行（二）：給付不能，植根雜誌第14卷第12期，頁583-5，1999年。

註一二：債各中第432條、第468條、第535條、第590條、第672條等條有「善良管理人」字樣。

註一三：邱聰智，「民法債篇通則」，頁252，輔仁大學，1996年修訂六版。

註一四：債各中第535條、第590條、第672條等條有「與處理自己事務為同一注意」字樣。

註一五：王澤鑑，「法律思維與民法實例」，頁114，自行出版，1999年。

註一六：黃立教授分別稱之「物之風險」和「對待給付風險」。請參閱黃立，「民法債篇總論」，頁433，元照，1999年。See also Victor Goldberg, *Impossibility and Related Excuses, in READINGS IN THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW 224* (Victor Goldberg ed., 1989); ARTHUR LINTON CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1090* (1952).

註一七：黃茂榮，債務不履行（二）：給付不能，植根雜誌第14卷第12期，頁20-21，1998年。

註一八：賣方藉由締約之所得本為「『價金』減去『標的物價值』所得之『剩餘』(surplus)」，但是因為自己給付不能，又損失了標的物，兩者相加，剛好就等於「價金危險」。

註一九：See ARTHUR LINTON CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1090* (1952).

美國契約法以眾多法院之判決為骨幹，外加美國法律協會（American Law Association）的契約法整編（Restatement）及統一商法典（Uniform Commercial Code）等交織而成。茲闡述如下。

債務人若未履行債務，原則上要負違約責任（breach），賠償履行利益（expectation damages）；除非有「不可能」（impossibility）、「難以實現」（impracticability）（註二〇）、「目的不達」（frustration of purpose）（註二一）等情形 - 學說上通常統稱為「不可能」（impossibility）。但何謂 impossibility？其下位概念如何劃分？則仍處於學術的戰國時代，並無霸主出現。有學說區分「客觀不可能」（objective impossibility）和「主觀不可能」（subjective/personal impossibility）。Arthur Linton Corbin（註二二）把前者定義成「在人類經驗上絕對不可能做到的事，例如：所有國

王的人和馬都不能將碎裂的蛋人（Humpty Dumpty）拼湊回去」；把後者定義成「任何人來作都是極端困難，但是經驗上顯示有些極端聰明有效率的人能夠做到，例如：大力士參孫可以舉起兩噸之物，一般人不行」。而 John D. Calamari and Joseph M. Perillo（註二三）則認為區別在於「前者是沒人能做到的；後者是債務人自己作不到」（註二四）但這些書的共同點是：嗣後不可能時，只有客觀不可能才是可以使債務人免責（discharge）的「不可能」（註二五），若是主觀不可能，債務人仍要負履行利益的賠償責任！這和我國法的觀念可以說是大相逕庭。

Arthur Linton Corbin「似乎」認為美國法有「自始客觀不能」的概念及相同的法律效果，（註二六）不過他認為採取這種作法的理由在於「當事人的真意並非如契約之所載」、「基於雙方的共同錯誤」。這些理由稍嫌武斷，而且，Corbin

註二〇：impossibility 和 impracticability 的區分本身就是一件客觀不可能的事情吧，契約整編法把「極端難以實現」等同於「不可能」，但是統一商法典又用「難以實現」這個詞囊括了「不可能」。See JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS 309 (1970). 因為UCC section 2-615之規定，產生一個相關的分類「商業上難以實現」（commercial impracticability），對此分類的批評及最著名之案件 Westinghouse case 的評論，See Paul L. Joskow, Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case, 6 J. LEGAL STUD. 119 (1977)；Allen O. Sykes, The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World, 19 J. LEGAL STUD. 43 (1990)；Anthony W. Dnes, THE ECONOMICS OF LAW 97 (1996)（公司會有誘因作假帳，浪費資源在欺騙上）。關於如何運用交易成本的觀念來思考「商業上不可能」的問題，See Oliver Williamson, Assessing Contract, in ANTITRUST ECONOMICS: MERGERS, CONTRACTING, AND STRATEGIC BEHAVIOR 161-89 (1990).

註二一：英美法上最著名的案子是 Krell v. Henry ([1903] 2 K.B. 740 (C.A.))，原告提供被告兩日住宿權，以便被告觀賞英王愛德華二世的加冕遊行，結果加冕因國王生病而延期，法院判決被告不必付錢。

註二二：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1100-01, 1108 (1952).

註二三：See JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS 315 (1970).

註二四：Allan Farnsworth 分類標準一致。See ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 719 (1990).

註二五：此外，參考 Gerhard Wagner 的補充說明：" [t]he crucial requirement for a discharge of the duty to perform must be the occurrence of an exogenous event, i.e., an event which was beyond the scope of the actions of the promisor." See Gerhard Wagner, In Defense of the Impossibility Doctrine, 27 LOY. U. CHI. L.J. 55, 79-81 (1995).

註二六："Antecedent impossibility, in the objective, absolute sense stated above, of rendering a performance that is

沒有引證實例；其他筆者所看過的文獻中也未提到類似的觀念，所以也許是Corbin的個人意見或頂多只是少數意見。

債務人「免責」（discharge）的法律效果是「雙方得以相互請求 restitution（註二七）」，債權人若已為對待給付，則可要求債務人返還。結果近似我國的「不可歸責於雙方當事人（且危險負擔未移轉）」的處理方式。所謂的「違約」（breach）（註二八）則為「可歸責於債務人」。

統一商法典中也有規定等同於「不可歸責於雙方，但危險負擔已移轉（the risk of loss passes）」的情形。（註二九）債權人只要造成債務人履行上的「主觀不可能」，就足以讓債務人免責，（註三〇）這應該是接近我國「可歸責於債權人」的情形。

此外，我國學說上常提到的「金錢給付義務無給付不能的問題」，美國學者亦有探討，認為「論其實際，倒不如說是締約雙方都承擔了『自己有足以履行的財務能力』這個風險」（註三一）。所以當一方沒錢時，不得主張 impossibility，因為他本來就承擔此一風險。（註三二）

我國與美國契約法處理方式之對照，參考圖表一。

圖表一 台美契約法的風險分配規定

	歸責態樣	債務人得失	債權人得失
1	可歸責於債務人（第226條、第267條）。= 美國法的 breach	失去標的物，賠償買方的期待利益。但得到價金。等於：得到自己的利潤 - 賠償金 = 得到自己的利潤 - (價金 + 買方的利潤)	得到利潤。未承擔風險。
2	不可歸責於雙方而危險負擔未移轉（第225條、第266條）。= 美國法的 discharge	失去標的物，未得到價金。	未得利潤。
3	可歸責於債權人（第225條、第267條）。不可歸責於雙方但危險負擔已移轉（第373條）= 美國法的 the risk of loss passes	失去標的，得到價金，等於：得到自己的利潤。未承擔風險。	未得標的又損失價金

肆、給付不能經濟分析之理論

本節第一部份先介紹本文在整個給付不能研究中的定位。第二部分純粹介紹兩種分配風險的理論。第三部分提出批判。第四部分整合這兩種

promised, prevents the promise from being enforceable as a contract. It prevents the existence of contract; no contractual duty arises." ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1101(1952).

註二七：restitution 是複雜得無以復加的概念，有的時候意義近似我國的「不當得利」，有的時候又像「回復原狀」。本文不擬翻譯，以免誤導。

註二八：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1149 (1952)；ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 734 (1990).

註二九：See ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 703-04 (1990).

註三〇：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1098 (1952).

註三一：See JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS 315 (1970).

註三二：這個論點和後述的「優勢風險負擔」十分契合。

理論。

### 一、給付不能的主要問題

給付不能之經濟分析，主要關注三個問題：

(1) 什麼情況下債務人履約或違約是有效率的？(2) 什麼機制能讓債權人有效率地支出準備履約的花費 (reliance expenditure)？(3) 什麼機制能最有效率地分配風險？(註三三)

第一項問題，用常見的詞彙來說，就是在談「有效率違約」(註三四)。法律經濟學界的多數說認為：債務人違約時賠償履行利益，是有效率的。(註三五)因為債務人唯有可以完全填補債權

人的損失而有餘時，才會(有效率地)違約。若債務人的損失不及債權人因履約而能得到的利潤，則履約才是有效率的。使用「履行利益的損害賠償」作為法律的賠償機制，可以逼使債務人唯有在有效率時才違約。(註三六)此問題並非本文之主軸，本文的探討重心放在「可歸責」與「不可歸責」的定義問題。有效率違約是第213條～第216條的解釋問題；不管是有效率違約還是無效率違約，只要是有意為之，都屬於「可歸責」的給付不能。

第二個問題也非本文之主軸。其主要爭點在於：若不論債權人花費多少錢準備履約都一律命

註三三：Michelle White, *Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory*, 17 J. LEGAL STUD. 353, 353-54 (1988).

註三四：See RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 131-34 (5th ed. 1998). 中文文獻，簡資修，特定物債權人應否具撤銷權：強制履約或金錢賠償之選擇，「民法研究四」，頁369-78，學林，2000年。

註三五：Cf. Lucian Arye Bebchuk & I.P.L. Png, *Damage Measures for Inadvertent Breach of Contract*, 19 INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 319, 319 (1999)("[W]here breach is inadvertent rather than deliberate... Neither the expectation measure nor the reliance measure of damages induces efficient precautions and reliance. The expectation measure leads to excessive reliance, while the reliance measure leads to excessive reliance and less than efficient precaution. The expectation measure, however, is Pareto-superior to the reliance measure."). But see Mitchell A. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, 7 J. LEGAL STUD. 427, 444 (1983) (「沒有一種損害賠償規則是在每一個面向上都有效率，履行利益的損害賠償在通常的情況下會是最好的選擇，但若締約者厭惡風險，分配風險又很重要時，違約金才是最有效率的方法」)；Aaron S. Edlin & Stefan Reichelstein, *Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment*, 86(3) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 478 (1996) (「有時『強制履行』(specific performance) 比較有效率」)；David D. Friedman, *An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract*, 32 J. LAW ECON. 281 (1989) (「履行利益的損害賠償只有適用在完全競爭市場中，由資訊對等的雙方所訂立的契約，才是最有效率的」、「履行利益只能帶來有效率違約，卻會帶來無效率的締約」)；DAVID D. FRIEDMAN, *LAW'S ORDER* 165-67 (2000)；Ian Ayres & J.M. Balkin, *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 YALE L.J. 703, 745 (1996) ("[S]imple expectation damages may not go far enough in achieving efficiency. That is because they fail to harness the promisee's private information.")；Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, working paper(2002), downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, p.7 (資訊不對稱時履行利益的損害賠償並不令人滿意)。

註三六：See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW and ECONOMICS* 197 (3rd ed. 2000).

債務人賠償之，則債權人顯然會有恃無恐，不管債務人違約機率為何，一律先花錢再說。這是無效率的。故有學者主張，應該只賠償「有效率的履約花費」，超過部分由債權人自行吸收；浸假以還，未來的債權人就不會再恣意地花費履約費用了。(註三七)這個問題放到我國法，就是第216條「所受損害」的定義問題。(註三八)

第三個問題是本文主軸。若造成給付不能的風險，並非由債權人或債務人造成，契約上也未載明分配風險的方式，(註三九)法律(或法院)該如何判定歸責與否？也就是，該如何決定「什麼樣的風險由誰負擔」？美國的法律經濟分析學者提出兩種理論，於下節中介紹。

### 二、兩種分配風險的理論

#### (一) 風險分擔理論

經濟學家將人分為三種—風險厭惡 (risk-averse)、風險中立 (risk-neutral)、風險愛好 (risk-loving)。舉例而言，當面對「百分之一的機會得到一百萬元」和「確定得到一萬元」兩種選擇時，風險厭惡者會選擇穩穩當當地拿一萬元；風險愛好者會選擇賭那百分之一的機

會；風險中立者則覺得兩種選擇都一樣好。此外，風險厭惡者因為不喜歡不確定的狀態，願意付出「風險貼水」(risk premium)以換取「塵埃落定」。例如：他寧可不要千分之一得到一千萬元的機會，而寧可選擇八千元。一千萬元的千分之一減去八千元，等於兩千元，這就是當事人願意付出的風險貼水。換個角度說，面對萬分之一損失一百萬元的可能性，風險中立者只要拿到一百元就願意承擔風險；風險厭惡者卻可能要求一百二十元。由此例可之，若其他條件一致，風險由風險中立者(而非風險厭惡者)承擔，成本較低。

現實生活中，很多人因為厭惡風險，願意付保險費(風險貼水)，以降低風險。也有很多風險愛好者賭博或買彩券。但請注意，風險厭惡(或愛好、或中立)並非描述一個人對風險的偏好，而是描述一個人對「結果」的偏好！(註四〇)(但為了行文方便，下文仍將人對結果的偏好簡稱為「風險偏好」。)所以一個人在「百分之一機會得一百萬元」和「確定得一萬元」之間選擇後者，又在「不動大手術可以活十年」和「動成功率百分之五十的大手術後，可

註三七：Id, at 196-98, 225-59 (用數學模型證明之)。

註三八：超過最適的花費，美國法上是用該損害「不具預見可能性」(unforeseeability)來排除；我國法則是用各種因果關係理論。請參考曾世雄，「損害賠償法原理」，頁111-38，自行出版，1996年修訂二版。

註三九：至於為什麼締約雙方不把話講明白呢？原因自然是因為講清楚、說明白的交易成本太高。詳細的探討，see PAUL MILGRÖM & JOHN ROBERTS, *ECONOMICS, ORGANIZATION AND MANAGEMENT* 130-31 (1992)；Benjamin Klein, *Control and Incentives: The Role of Contract Terms in Assuring Performance*, in *CONTRACT ECONOMICS* 153 (Lars Werin & Hans Wijkander ed., 1992)；Benjamin Klein, *Transaction Costs Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements*, 70(2) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 356 (1980)；LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* 186 (2002)。在一個零交易成本的世界又會如何？請參考熊秉元，「航向沒有交易成本的美麗新世界！？」，「天平的機械原理」，頁165-90，元照，2002年及張五常，「經濟解釋 卷二：供應的行為」，頁143-44，花千樹，2002年。

註四〇：See DAVID D. FRIEDMAN, *LAW'S ORDER* 65 (2000) ("Risk averse" is not a statement for risk but about tastes for outcomes").

活二十年」之間選擇後者，並不衝突矛盾。

1. 雙方都是風險中立者

Polinsky認為：當締約雙方都是風險中立者時，則純就「風險分擔」一事而論，任何一方負擔風險或各自負擔一部份風險，都一樣好。(註四一) White則認為，雖然各種規則就「風險分擔」而言沒差別，但若考慮使債務人在履約階段有正確的誘因(註四二)，則應該令債務人賠償履行利益。(註四三)

2. 債權人是風險中立者而債務人是風險厭惡者

假設有椿買賣，買方面對的風險是可能會有第三人出更高的價碼「搶」走標的物。若債權人(買方)風險中立，而債務人(賣方)風險厭惡，則應該由風險中立的買方負擔全部的風險。全部由風險中立者負擔風險的原因在於：一、節省風險貼水會變成契約的利潤，由雙方均露；二、增加締約的可能性。假設某風險之發生率為0.05，損失額為1000元，故預期損失為50元。風險中立者只要能得到50元的契約價格補

償，就願意承擔風險；而風險厭惡者可能尚要求10元之風險貼水(一共60元)才願意承擔風險。(註四四)若除此風險之外，契約總利潤為54元，若由風險中立者負擔風險，尚餘4元之利潤(54-50=4)可供雙方分享；若由風險厭惡者負擔，此契約無法成交(54-60<0)。若契約總利潤原為200元，由風險中立者負擔風險，雙方可分150元之利潤；由風險厭惡者負擔風險，利潤縮水到140元。(註四五)

Polinsky認為有效率的設計是：無論第三人無出更高價把標的物買走，厭惡風險的賣方都賺一樣多的錢；買方的實際利潤則視原本的買賣契約履行與否而有所不同。(註四六)

3. 債權人是風險厭惡者而債務人是風險中立者

反之，若買方風險厭惡而賣方風險中立，則應由賣方負擔所有的風險。買方利潤固定，但賣方的利潤視風險有無實現而不同。(註四七)(註四八) White形容說：「此情形如同賣方願意同時出售標的物和保險給買方。」(註四九)

註四一：See Mitchell A. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, 7 J. LEGAL STUD. 427, 431 (1983).

註四二：也就是，只進行「有效率的違約」(efficient breach)。

註四三：See Michelle White, *Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory*, 17 J. LEGAL STUD. 353, 357 (1988).

註四四：此外，風險中立者不可能用少於50元的代價投保，因為保險公司頂多是風險中立，而不會到風險愛好的程度；而保險公司的保費是預期風險值+行政費用+利潤...，絕對不會小於預期風險(50元)。所以，當風險厭惡者和風險中立者締約時，前者不可能是優勢風險負擔者(詳後文)。關於保險公司定保費的考量因素，See EIAN MACKAAY, *ECONOMICS OF INFORMATION AND LAW* 61 (1980).

註四五：140和150元之差，是「無謂損失」(dead-weight loss)。

註四六：詳細的數學證明，see Mitchell A. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, 7 J. LEGAL STUD. 427, 433 (1983).

註四七：詳細的數學證明，*id.* at 427,433.

註四八：以上兩小節，see also Steven Shavell, *Damage Measure for Breach of Contract*, 11 BELL JOURNAL OF ECONOMICS 466, 487-88 (1980)；LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 45(1999), Downloaded from [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/)；Steven Shavell, *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, 99 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 121, 127-28 (1984).

註四九：See Michelle White, *Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory*, 17 J.

4. 雙方都是風險厭惡者

當雙方都是風險厭惡者時，應以其風險厭惡的程度作權數(weights)來分擔風險；越是厭惡風險，負擔的部分越少。(註五〇)

(二) 優勢風險負擔理論(註五一)

Posner and Rosenfield(註五二)主張以「優勢風險負擔理論」作為判斷歸責事由的標準。契約具有保險、分配風險的功能，(註五三)在風險發生時是否仍要求債務人負責，取決於債務人是否為「優勢風險負擔者」(superior risk bearer)

(註五四)。如果債務人是優勢風險負擔者，則即令風險發生，為可歸責於債務人之給付不能(breach)，必須賠償履行利益；反之，若債權人才是優勢風險負擔者，則屬於法律上的「不可能」(impossibility)等等情況，為不可歸責於債務人(discharge)。

由優勢風險負擔者來「負擔」(註五五)，能極小化風險的成本，從而極大化契約的「剩餘」(surplus)。締約雙方利益均露，皆能從此種契約法理論中獲益。(註五六)

LEGAL STUD. 353, 358 (1988).

註五〇：See Steven Shavell, *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, 99 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 121, 127-28 (1984). 詳細的數學證明，see Paul Milgrom & John Roberts, *ECONOMICS, ORGANIZATION AND MANAGEMENT* 212-24 (1992)；Mitchell A. Polinsky, *Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies*, 7 J. LEGAL STUD. 427, 432 (1983).

註五一：除了本文所詳述的Posner & Rosenfield之理論外，其後的Christopher J. Bruce則對本理論作進一步的延伸和修改。修改之處在於Bruce重視「事後的證據」來判斷優勢風險負擔者，他舉加冕事件中的另一個案子Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton ([1903]2 K.B. 683)為例，該案事實略有不同：原告船公司(Herne Bay Steamboat Co.)兜攬遊人上船觀賞加冕時的海軍檢閱儀式與遊覽艦隊，而檢閱海軍儀式因加冕延期而取消。判決結果，不同於Krell v. Henry，是船公司獲勝。Bruce從嗣後觀點來判斷遊船者應該免責還是論以違約-若事發後遊船者拒不上船，而船公司沒有招攬其他遊客以「防止損害擴大或發生」(mitigation)，則遊船者免責；若船公司已經盡力而為仍然找不到瓜代的客人，則遊船者被論以違約。關於利用「事後的證據」來判斷優勢風險負擔者的錯誤之處，請參考Posner & Rosenfield文章。See Christopher J. Bruce, *An Economic Analysis of the Impossibility Doctrine*, 11 J. LEGAL STUD. 311 (1982).

註五二：See Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83 (1977).

註五三：契約經濟功能的完整分析，see generally ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 177-287 (3rd ed. 2000).

註五四：Cooter & Ulen則名之為「more efficient risk-bearer」。See *id.* at 203.

註五五：事實上，「負擔」一詞並不精確。為了完成交易，劣勢風險負擔者會「補貼」優勢風險負擔者。也就是說，優勢風險負擔者的負荷會轉化成較優渥的契約價格。See RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 117(5th ed. 1998)；WERNER Z. HIRSCH, *LAW AND ECONOMICS: AN INTRODUCTORY ANALYSIS* 135(2nd ed. 1988)；ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 203 (3rd ed. 2000) (「優勢風險負擔者應該預見了危險，所以會在契約中要求風險貼水，沒有要求是優勢風險負擔者自己的責任。又因為他已經得到了補償，當風險發生後，他方應該給予他的補償是0...要決定孰為優勢風險負擔者，應探求交易習慣和雙方所知之資訊，如此方能認定優勢風險負擔者確知或應知風險的存在。」)

註五六：See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 267-68 (3rd ed. 2000)；Richard A. Posner &

決定孰為優勢負擔者，必須考慮「估定成本」(measurement costs)和「交易成本」(transaction costs)。(註五七)前者發生在估計「風險實現率」和「風險(損失)的額度」時(兩者的乘積是風險損失的期望值)；後者發生在分散風險的程序，譬如：向保險公司買保險契約的成本，或自己因為分散貨源而付出的成本。

當下列條件都成立時，債務人可以免責(discharge)：「債務人防止風險實現的成本大於風險損失的期望值」且「債權人是較債務人為優的風險分擔者」。

若債務人的防範成本低於風險損失期望值，則無論如何都是可歸責於債務人。(註五八)當「債務人是優勢風險負擔者」但「債務人防止

風險實現的成本大於風險損失的期望值」時，風險一旦發生，債務人仍要負履行利益的賠償責任。蓋雖防範成本大於風險期望值，但是防範(prevention)本來就只是避免風險的一種方法；另一種方法是「保險」。(註五九)從前述條件(債務人是優勢風險負擔者)可知，此種情形債務人之保險成本較低。(註六〇)

不過，某一方並不總是同時在風險實現率、風險的額度和分散風險的成本上都具有優勢。債務人可能比較能估算風險實現率而債權人比較清楚風險的額度；各種排列組合均有可能。此時，就需要進一步探求「哪一方能節省較多的成本」來決定債務人是否可歸責了。這也是為何當締約雙方明白地在契約上分配了某個風險的責任，法院只要照本宣科即可，蓋當事人關

Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 89 (1977). See also ERIC POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS 150 (2000) ("The value-maximizing court enforces contracts in such a way that maximize the ex ante value of the contract, which usually means allocating obligations in a way that places the risk of any contingency on the party that can most cheaply bear it and that gives them proper incentives to breach, invest, and engage in related behavior."); Gerhard Wagner, *In Defense of the Impossibility Doctrine*, 27 LOY. U. CHI. L.J. 55, 93 (1995) ("Contract law clearly economizes on transaction costs by supplying society with the public good of contractual default provisions. That objective is especially compelling if the probability that a certain contingency will occur is very low, as in the area of impossibility.").

註五七：See RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 117 (5th ed. 1998). See also Stephen Ashley, *The Economic Implication of the Doctrine of Impossibility*, 26 HASTINGS L. J. 1251, 1272-73 (1974)(作者將本問題和著名的 Coase Theorem 連結)。

註五八："Discharge would be inefficient in any case where the promisor could prevent the risk from materializing at lower cost than the expected cost of the risky event." Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD 83, 90 (1977). See also Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 J. LEGAL STUD. 119, 155 (1977).當然，Posner & Rosenfield 這句話有個前提就是：風險並非由債權人所招致。不過，這個論證有些武斷，參考下文之批評。

註五九：保險公司就是一個例子，它無法阻止風險發生，只能藉由大數法則分散風險。然而，風險發生時，正是保險公司「負責」的時候！

註六〇：Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD 83, 90 (1977).

於風險的資訊較法院為豐富，其決定會較有效率。(註六一)

Posner and Rosenfield認為「普通法上原則由債務人負擔風險，例外時才有impossibility等等原則之適用」是恰當的，因為通常「債務人」能用較低的成本來防止風險發生。(註六二)當然，並不「總是」如此，否則就沒有「不可能」(impossibility)這種規則存在的必要了。但只要一般而言是如此，則在法院無法決定何方為優勢風險負擔者時，將風險歸由債務人負擔，出現正確結果的機會比較大。(註六三)

### 三、批評

本文分三個層次評論上述兩個理論：第一、理論本身是否矛盾。第二、理論是否容易在現實世界中操作。第三、理論能否套用到我國法的架構。

#### (一) 理論自相矛盾？

Posner and Rosenfield認為：「只要債務人防範成本低於預期風險，債務人就是優勢風險負擔者。」這個見解是受限於美國法無「可歸責於債

權人」之規定。(註六四)像我國法就無此問題。若要邏輯一貫，則債權人和債務人的防範成本都低於預期風險，而債權人的防範成本更低時，應判定債權人為優勢風險負擔者才對。

此外，該理論沒有說明為何債權人是優勢風險負擔者時，承擔的風險小於債務人是優勢風險負擔者時承擔的風險。參考圖表一，債權人是優勢風險負擔者時，法律效果是「restitution」。為什麼當債權人仍然可以在風險發生後不用支付價金？為什麼債務人此時仍要承擔「利潤危險」？以筆者之見，這仍是因為Posner and Rosenfield只是在「解釋」普通法的breach/restitution二分法為何要效率，(註六五)但沒有注意到其理論實際上更適合解釋另一套制度(也就是我國法)；或者說，為了貫徹Posner and Rosenfield的理論，美國契約法不應該採行現在的架構。

Posner and Rosenfield復認為「原則上由債務人負擔風險」。本文認為，當法院舉棋不定，但又得在債權人和債務人間選一個人負責時，選擇債務人「或許」比較可能是正確的。但理論上還

註六一：Id. But see Gerhard Wagner, *In Defense of the Impossibility Doctrine*, 27 LOY. U. CHI. L.J. 55, 61 (1995)(賽局理論學者說明了在有些情況下締約雙方會陷入「囚犯的兩難」(prisoners' dilemma)，所以契約條款不總是有效率的)。

註六二："The performing party is generally the superior risk bearer." Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 110 (1977).

註六三：Id. at 111. 附帶一提，Posner & Rosenfield 寫下這段話，正是在評論前述提過的Krell v. Henry案，Posner & Rosenfield亦贊成由旅店主人(債務人、原告)負擔風險。

註六四：另一個原因是，Posner一直主張普通法院的判決會傾向於有效率，所以會為普通法的規定找出「有效率」的理由。See RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 274-75 (5th ed. 1998). But see DAVID D. FRIEDMAN, LAW'S ORDER 297-307 (2000).

註六五：Posner & Rosenfield有提到「二分法的處理模式並非不可避免」，但是卻對其他學者所提出的折衷方案一一駁斥(不過這些學者並不是在處理本文所質疑的危險負擔問題)。Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 111 (1977). 統一商法典有「不可歸責於雙方，但危險負擔已移轉」的規定，但討論本理論的文章都沒有處理。又，「不可歸責於雙方，但危險負擔已移轉」和「可歸責於債權人」的法律效果相同。此「巧合」誠可理解，因為像我國第373條危險負擔移轉的規定，其實

有「不可歸責於雙方」這個選項；如果法院無法分辨雙方孰為優勢風險負擔者，原因可能是雙方負擔風險的能力相同，此時可考慮判定為不可歸責於雙方，而非可歸責於債務人。

Gerhard Wagner 批評優勢風險負擔理論：「歐陸法系規定『可歸責』時才負履行利益賠償責任。法院考量債務人的成本函數和不同程度的預防措施造成的履約成本，訂出『債務人最適的防範程度』。如果債務人不及此標準，就論為『可歸責』。不過，要知道債務人的最適防範成本，就像探求債權人最適的信賴程度 (optimal reliance) 一樣困難。(註六六)這也是為什麼大陸法推定債務人未依債之本旨而為給付時乃『可歸責』，藉由債務人舉證自己不可歸責的訴訟過程使法院獲得足夠的判斷資訊。」(註六七)但 Wagner 沒有說明如何定義「債務人最適的防範程度」，如果是指預防成本小於預期風險才可歸責於債務人，大於時就不可歸責於債務人，道理何在？債務人仍然可能比債權人更能防範那樣的風險啊！Wagner 也沒有說有無「債權人最適的防範程度」。不知道後者，我們頂多只能靠前者判斷債務人是否可歸責，卻仍然不知道如何判定債權人是否可歸責。如果說不屬於債務人最適防範的風險，就是債權人最適防範的風險，這和優勢風險負擔理論就一模一樣了，因為都是在比較債務人和債權人誰來防範比較有效率。如果存

在一種風險，既不屬於債務人最適防範的風險，也不屬於債權人最適防範的風險，那到底誰要來負擔這個風險？若其中一方更適合負擔，那邏輯上這個風險不就是他能最適防範嗎！總而言之，如果 Wagner 的理論在邏輯上一貫，則他在理論上就無新意，只是重新包裝 Posner and Rosenfield 的優勢風險負擔理論而已。若他的理論真有「新意」，那是因為邏輯不一貫。

總之，本文認為優勢風險負擔理論本身並無矛盾之處，但若用之解釋美國普通法，則無說服力。

## (二) 法院的操作成本

風險分擔理論最大的困難就出在操作層次。法院探求當事人風險偏好的成本實在太高：(註六八) 每一個人的風險偏好程度都不同，一個人的風險偏好可能與時遷化，一個人的風險偏好可能隨標的大小而改變。(註六九) 所以，即令法院在某一個案中費盡九牛二虎的力氣探知了當事人的風險偏好程度，對未來湧進法院的幾百萬個案件並沒有任何幫助。因為當事人不同，前案的判斷無法援用。即令當事人重複，他的風險偏好程度可能會改變。法院或許可以觀察當事人所訂之契約條款如何分配風險，來猜測誰較能承擔風險，但契約有約定的風險往往是發生機率較高的或損失較小的，而契約未約定的風險可能特性反之。如前述，當事人的風險偏好可能因而不

就是用法律載明了「債權人是優勢風險負擔者」。既然債權人是優勢風險負擔者，一旦風險發生，自然就可歸責於他。See DAVID D. FRIEDMAN, *LAW'S ORDER* 162 (2000).

註六六：這是在批評註三七中 Cooter and Ulen 之理論。

註六七：Gerhard Wagner, *In Defense of the Impossibility Doctrine*, 27 *LOY. U. CHI. L. J.* 55, 79-82 (1995).

註六八：但 White 很明確地主張：法院在所有未履約的契約案件，應該專注於探知當事人的風險偏好程度。See Michelle White, *Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory*, 17 *J. LEGAL STUD.* 353, 361 (1988).

註六九：一個人面對「10元或百分之一機率得到1000元」的選擇，可能是風險中立；但面對「10萬元或百分之一機率得到1000萬元」，可能是風險厭惡！這只是諸多可能性中的一種而已。

同。(註七〇)

優勢風險負擔理論也不是非常容易操作，估定成本和交易成本都不是法官掐指一算或微服出巡就能獲致的。但是，至少它們有類型化的可能。經過一段時間的案例累積，法院可以發展出一些明確的參考點(註七一)(benchmark)，例如：穀物批發大盤商和個別農民的買賣契約，法院可能認定「地區性的蟲害」這種風險，前者是優勢風險負擔者。此項認定可以適用到往後所有大盤商和農民的爭訟案件。

請注意這兩個理論有個很大的差別：風險分擔理論把契約所隱含的所有風險都歸給某一方；優勢風險負擔理論則視風險的性質而分配之。若相同兩人前後訂立兩次相同的契約，但發生不同的風險而導致給付不能，依風險分擔理論，風險分配的方式一定相同(除非買賣雙方的風險偏好改變)；但依優勢風險負擔理論，可能締約雙方各有一次是優勢風險負擔者。

再者，經濟分析著重於法律規範對人未來行為的影響。當事人之所以未用契約分配風險，乃因風險的預期損失太小，不值得花費時間精力訂立契約條款分配之。優勢風險負擔理論的好處就是：若法院的類型化十分明確，當事人締約分配風險的成本降低，就比較會在契約中明

文分配風險。甚至也不用形諸明文。只要認知到法院一定會照判例辦理，雙方就可以心照不宣地依此調整契約內容。負擔風險者，能得到相應的契約價格調整作為承擔風險的補償。像穀物批發大盤商知道若發生地區性蟲害，自己一定被法院判為優勢風險負擔者，就交易中就會選擇由自己負擔風險，以換取較低(註七二)的穀物收購價格。

風險分擔理論就不一定有這樣的效果。前例中的「穀物大盤商」是很容易探知的特質，不容易隱瞞，也很難造假。但風險偏好不是如此。即使你清楚知道自己的風險偏好，法官卻很難知道；你也不太可能知道交易相對人的風險偏好。這變成最複雜的賽局，報酬不確定，資訊也不對稱，很難預測締約當事人會有什麼樣的反應。

總之，優勢風險負擔理論確有可能降低當事人締約分配風險的交易成本；但風險分擔理論不會。(註七三)

## (三) 能否適用到我國法的架構

### 1. 風險分擔理論

按風險分擔理論，若債務人是風險中立者而債權人為風險厭惡者，則全部風險都應該由債務人承擔。也就是，一旦有風險實現而造成給付

註七〇：不過，雖然原始的風險分擔理論是採取「個案衡量 (balancing)」的方式判定歸責，但也可以因應現實的困難 (高成本) 而修改。修改的方式就是容忍個案中的不完美，採用類型化的方式。例如：在判決中宣示「凡是多角化經營者」皆判定為「風險中立者」等等。但風險分擔理論的問題不止於此，詳後述。

註七一：如果法院的標準不明確，當事人仍然無法用低成本的方式分配風險。See Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 *J. LEGAL STUD.* 119, 153-54 (1977); Stephen Ashley, *The Economic Implication of the Doctrine of Impossibility*, 26 *HASTINGS L. J.* 1251, 1270 (1974).

註七二：較低是相對於未分配風險時的契約價格而言。

註七三：請注意 Eric Posner 的批評：「契約法的經濟分析往往假設人在訂立契約時是『有限理性』，但在受法律規範誘導時是『完全理性』。」See Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, working paper(2002), downloaded from <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, p.5-7.

不能，若雙方未用契約預先載明處理方式，又非由任一方所引起(註七四)，則法院應判定此情形為「可歸責於債務人」。

若債權人是風險中立者而債務人為風險厭惡者，則全部風險都應該由債權人承擔。法院應判定風險「可歸責於債權人」。

若雙方皆風險中立，則風險如何分配都可以，法院可判定為「不可歸責於雙方」；(註七五)法律效果為退回價金，法院可以用很少的成本就探知該數額-降低司法成本。

若雙方皆風險厭惡，則理論上應該要依雙方的風險厭惡程度作權數來分派風險，這在我國法上找不到可運用的條文。

#### 2. 優勢風險負擔理論

若債權人是優勢風險負擔者，則「可歸責於債權人」；若債務人是優勢風險負擔者，則「可歸責於債務人」。那何時不可歸責於雙方？唯一的可能是：預防成本和保險金都大於預期風險損失(註七六)，而雙方負擔風險的能力又剛好一樣！台灣實務上常見的「標的物被政府徵收(註七七)」或「法律變更致交易無法繼續(註七八)」，就是最好的例子。對一般的締約者而言，防止政府徵收或法律變更的成本可以說是

無限大(兩方同樣無力承擔!)，保險業者也不承保這種風險。所以若雙方未自行議定處理方式，法院也只好「各打五十大板」，讓雙方各自承擔一部份的風險(參考表一)。(註七九)

#### 四、整合

寫到這裡，「當採優勢風險負擔理論」這個結論是呼之欲出了。但是，本文要說的是：其實這兩個理論並未衝突矛盾，只是優勢風險負擔理論看得比較廣而已(說得技術一點，優勢風險負擔理論「包含」了風險負擔理論)。風險負擔理論，一言以蔽之，完全忽略了「估定成本」扮演的角色，也部分忽略了「交易成本」的功能。

若雙方都是風險中立者，對風險分擔理論而言，分給誰承擔風險都沒差；對優勢風險負擔理論中的「交易成本」考量點而言，也是沒差，因為風險中立者無須投保，只要給他契約價格的補償即可。但兩個風險中立者的「估定成本」仍然可能有差，風險分擔理論忽略了這一點。依優勢風險負擔理論，我們應該令估定成本較低的一方承擔風險。

若一方是風險厭惡者，另一方是風險中立

註七四：本文討論風險分配的前提都是「該風險雙方未用契約預先載明處理方式，又非由任一方所引起」。

註七五：也可以判為可歸責於債務人或可歸責於債權人。

註七六：預防成本若小於預期風險損失，則應論為可歸責於當事人才有效率。See Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 91 (1977).

註七七：例如：最高法院八十二年台上字第二五八號判決。

註七八：例如：最高法院八十二年台上字第一零號判決(行政院修正「台灣林木經營管理方案」，全面禁伐天然林)、最高法院九十一年台上字第三六號判決(因公寓大廈管理條例公布施行，不能將系爭房屋所有權單獨移轉登記)。

註七九：不過，保險公司也不是不可能提供這樣的保約，畢竟政府沒有財力同時徵收全台灣所有的土地，現在也不可能再搞耕者有其田。所以，雖然有逆選擇的問題，保險公司仍然有可能提供「徵收險」。一旦徵收險普遍到一定程度，法院就不應該繼續判徵收乃不可歸責於雙方的風險，而應該依優勢風險負擔理論判斷其中一方可歸責。

者，在優勢風險負擔理論中，風險中立者在「交易成本」的考量點中「占有優勢」，因為風險厭惡者必須花成本自行分散風險或付出風險貼水以投保；而風險中立者不用。所以，除非風險厭惡者在「估定成本」上可以比風險中立者省下多很多的成本—多於他在交易成本考量中「落後」的幅度—否則風險中立者會是優勢風險負擔者。

若雙方都是風險厭惡者，風險分擔理論認為應依厭惡風險的程度分配風險，但這忽略了世界上並不是只有締約雙方兩個人而已！大街小巷中都是保險公司，而保險公司藉由大數法則，得以(接近)風險中立。所以拿任一方(風險厭惡者)和保險公司作比較時，自然以保險公司較適合承擔風險。是故，我們仍可依照優勢風險負擔理論，找出「一個」優勢風險負擔者，他自然會去投保，讓風險透過保險制度而分散。如果我們令兩方各自投保部分的風險，或命另一方承擔全部的風險，都會使該交易的總成本上升。(註八〇)(要法院判斷雙方風險厭惡的程度，也增加了司法成本。)

綜上所述，本文認為Posner and Rosenfield首倡的優勢風險負擔理論，既可全盤考慮風險分擔理論的關懷面向，又顧及後者所忽略的估定成本與交易成本，值得採取。以下，本文將以優勢風險負擔理論的慧見，反思我國法的問題。

#### 伍、 重塑給付不能體系

在本節中，本文將先檢討我國法的四分法。本文認為無論是就風險的角度或是法律效果的角度，都找不到需要將給付不能這樣切成四塊的理

由。再來，本文將論證應該用「優勢風險負擔理論」作為「可歸責」與否的判斷標準。

#### 一、 我國法給付不能分類方式的反思

美國契約法處理給付不(可)能時，完全不區分自始和嗣後(而且運轉幾百年後成效似乎不差)。主觀和客觀之分在美國是違約與否的標準，在我國是違約的不同態樣。我國的區分法實益何在？

##### (一) 都是風險問題

無論是用「自始/嗣後」或「客觀/主觀」作界線，都是為了類型化不同種類的風險，以作更精細的處理。嗣後不能，通說認為無須再區分主觀、客觀，因為其風險並無實質差異。但仍認為自始和嗣後不能應該分別處理。但是，自始主觀不能的風險狀態真的和嗣後不能有什麼不同嗎？以典型的「出賣他人之物」為例，締約時，出賣人尚未從真正所有人處購得標的物；締約後，出賣人開始嘗試向真正所有人買貨以履行其契約義務。如果成功，契約得以順利履行；如果失敗，則「風險」實現。所以，風險實現與否不正是締約後才知道的嗎？(註八一)締約後出賣人無法購得屬於他人之物(所謂自始主觀不能)與締約後契約標的物焚燬(所謂嗣後不能)，都是風險，有何本質上的差異？為什麼要區分？自始客觀不能的風險，又有何異於嗣後不能之風險？

如果這四種類型混合之後硬要再細分，那應該分成「自始不能」和「嗣後不能」，因為自始不能的交易風險「比較」能在締約時確定，嗣後不能則「比較」不確定的(確定締約時房屋還存在或自己是否已擁有所有權，比較容

註八〇：當然，很多交易風險沒有保險可買。但即使沒有保險可買，兩種理論也只是在交易成本這一項打成平手而已—優勢風險負擔理論當然可以考量雙方當事人是風險中立或是風險厭惡；但估定成本仍是應該考量的因素，而風險分擔理論並未考慮之！

註八一：所以，自始主觀不能是否能冠上「自始」的頭銜都很有問題。



易；但只有上帝知道締約後到交付前的三個月中標的物會不會被偷、房屋會不會燒掉-畢竟連紐約世貿大樓都可以瞬間灰飛煙滅了...)。但差別只在於前者的風險比較小而確定，後者的風險較大而不確定，如此而已。但甚至連這種概略的分法都是過於粗糙的。

蓋自始不能的風險也有高低之分。同樣是所謂自始主觀不能，向他人購買物以為給付，就比確定自己並未出賣他人之物的成本/風險高很多。同樣是嗣後不能，風險也會差很多。而嗣後不能的風險也不一定大於自始不能的風險。例如：約定締約後隔日交付保險箱中的珠寶，風險低；約定締約後隔日交付「締約當時屬於他人之珠寶」，風險高。

所以，上述四種名稱，只不過是描繪不同面貌的「風險」。而它們之間的差異，也不足以證成目前的「差別待遇」。

接下來，本文再從法律效果的設計上，討論給付不能是否該作現行法的分類。

## (二) 法律效果也應該相同

嗣後不能時，如果可歸責於債務人，債務人要賠償履行利益給債權人。若不可歸責於雙方當事人，則各退一步，如前所述。區分出自始主觀不能和自始客觀不能的可能實益，在於可以設計出不同的法律效果。自始客觀不能，通說認為是契約無效，且只可能賠信賴利益。自始主觀不能，若採「類推適用說」，則實際上與不分類沒有差別；若採「擔保責任說」，則區分出自始主觀不能這種型態，就有道理。

要決定契約法應有的法律效果，必須運用「預設任意規定理論」。(註八二)註一文已經

處理了自始客觀不能的問題(請參考前言中之介紹)。本文將在補充說明理論後，接續處理自始主觀不能的問題。

### 1. 制訂預設任意規定的考量因素

在越抽象的層次制訂預設任意規定，立法和執法的成本越低。因為越抽象的規定涵蓋的案件越廣，只要有幾個很抽象(上位)的規定就可以涵蓋所有的案件。然與此同時，締約者另訂新約的成本也越高。如前文所述，美國開國時沒有「不可能」之規定，只要給付不能債務人就要負責。這等於就是在債總的層次上，不分自始/嗣後/主觀/客觀不能，一口咬定債務人是優勢風險負擔者。這種方式，立法只要一條，法官下判決十分輕鬆，成本當然是低。但債務人不是優勢風險負擔者的情形，就必須支出(高額)訂約成本。

若規定得較具體，立法和執法的成本上升，但當事人另訂新約的成本支出也可減少。我國學說試圖利用締約時點和主、客觀來區分四種給付不能。但是，一方面仍然過於抽象；另一方面，其各自涵攝的事實仍然過於歧異，很難找出多數人想要的規定(註八三)，故並未降低交易成本。

再更具體化，就是債篇各論的規定了。除了註六三提過的第373條危險負擔移轉的例子之外，其他明確的風險分配規定，請見下面第陸、節之探討。值得注意的是，債各仍然有很多條文是規定著「可歸責」、「不可歸責」，而沒有下決斷。這可能表示立法者覺得自己仍未具備足夠的資訊去作更細緻的規定(或者是，作細緻規定的成本太高)，所以將工作留給第一線

註八二：王文宇，論契約法預設任意規定之功能：以衍生損害的賠償規定為例，台大法學論叢31卷5期，頁90-96；張永健，自始客觀不能之經濟分析，月旦法學雜誌86期，頁155-66，2002年。

註八三：更根本的原因如前文所述，此種分類法的區別標準沒有實益，所以即使一分為四，仍然無法為任何一類找到好的判斷歸責的標準。打個比方，如果我們用債務人的性別和成年與否將給付不能分為四種亞型，我們也不可能為這四種亞型找出一般性的優勢風險負擔者。

的法院和當事人。

### 2. 自始主觀不能該何去何從？

回到自始主觀不能的問題。擔保責任說要成立，必須具備的條件是：若採「多數的預設任意規定(majoritarian default rule)」理論(註八四)，而各種所謂自始主觀不能的案件中，過半數情形債務人是優勢風險負擔者。若依循「懲罰性預設任意規定(penalty default rule)」理論(註八五)，則必須是債務人往往擁有較多資訊，所以課予其賠償義務，以促使其公開資訊。(註八六)

通說所認定的「自始主觀不能」案型，包括各式各樣的糾紛。如果並非「每一種」案型中都是債務人為優勢風險負擔者(直覺上不可能!)，則擔保責任說就不是絕對正確。比較好的作法是，讓債篇各論或法院針對具體案型來判定哪一方是優勢風險負擔者。當然，債各有時而窮，新型契約屢見不鮮，法院累積出清晰、可供依循的判例又曠日廢時，故若我們知道多數的案型中，債務人是優勢風險負擔者，則仍然可以將擔保責任說設為契約法的預設任意規定。但有趣的是，邏輯上如果我們要「確知」「多數」

的「案型」中債務人是優勢風險負擔者，必須以「確知」「全部」的案型中誰是優勢風險負擔者為前提。(註八七)而如果我們真的已經知道每一種案型的優勢風險負擔者，就直接在債篇各論中明訂不就好了?(註八八)何必要讓那些少數案型中的締約者耗費成本另訂新約呢?除非這些締約者的締約成本小於債各條文的制訂成本，否則，本文認為沒有必要在債總這種抽象的層次上，就預設了優勢風險負擔者；而應在較具體的層次上解決之。簡言之，自始主觀不能的問題，本文採「適用(註八九)第225條、第226條說」。

### 3. 小結

本文認為，自始客觀不能、自始主觀不能、嗣後客觀不能、嗣後主觀不能全部不用區分!(註九〇)採用本文主張，無須更動現行法。民法第225條和第226條的文句都是「因(不)可歸責於債務人之事由，致給付不能者」，第266條是「因不可歸責於雙方當事人之事由」，第267條是「當事人之一方因可歸責於他方之事由，至給付不能者」，皆未在文義上自限於「嗣後不能」。所以，用不著使

註八四：請參閱張永健，自始客觀不能之經濟分析，月旦法學雜誌86期，頁157，2002年。

註八五：同前註，頁158-60。

註八六：值得注意的是，這兩種預設規定理論的考量點，在給付不能的歸責問題上，可以被吸收進「優勢風險負擔理論」。懲罰性預設任意規定理論希望課以資訊較多的一方較重的義務，這個考量就是優勢風險負擔理論中的「估定成本」的考量。

註八七：例如：知道社會上一共有100種案型，其中60種債務人是優勢風險負擔者，40種債權人是優勢風險負擔者，所以「多數」情形中債務人是優勢風險負擔者。

註八八：這段質疑，是針對在債總層次適用「多數的預設任意規定」理論之可行性；而非一般性地懷疑，或懷疑「多數的預設任意規定」理論在債各層次或更具體的層次之可行性。舉例言之，我們可以在「穀物收購大盤商」和「個別農民」中，辨認孰為「地區性蟲害」的優勢風險負擔者。但我們不能在「大盤商、出租人、定作人」和「農民、承租人、承包商」中，強說其中一邊(例如：「大盤商、出租人、定作人」是其個別關係(「大盤商與農民」、「出租人與承租人」、「定作人和承包商」)中的優勢風險負擔者。這是在債總層次分配風險的困境。

註八九：是「適用」，而不是「類推適用」，請看下文之說明。

註九〇：2002年1月1日正式實施的德國民法債篇修正條文，也不再區分自始/嗣後、客觀/主觀不能！請

用「目的解釋」，光是「文義解釋」就足以將這四種給付不能都包納進第225條、第226條、第266條、第267條等（通說用以處理嗣後不能的）條文了。（註九一）

不區分四種給付不能，不代表我們認為風險都一樣。風險當然不一樣，但市場上的締約者當然會用各種契約條款來分配或避免風險。法律該扮演的角色是：當締約者沒有明白地分配風險時，決定由誰承擔風險。

## 二、契約法該怎麼分配風險

其實，前文已透露答案。契約法應該用「優勢風險負擔理論」分配風險。理由就是肆、二、（二）中介紹的好處。至於判斷標準，我們不必像Posner & Rosenfield那樣為賦新詞強說愁，把優勢風險負擔理論硬套進美國法的架構中。我國法既然可以分為「可歸責於債務人」、「可歸責於債權人」、「不可歸責於雙方」，則：若契約中未約定風險分配的方式，（註九二）當債務人的「估定成本」與「交易成本」之和較低時，債務人是優勢風險負擔者，論為「可歸責於債務人」；當債權人的

「估定成本」與「交易成本」之和較低時，債權人是優勢風險負擔者，論為「可歸責於債權人」；雙方的成本一樣大時，論為「不可歸責於雙方」。（註九三）

在解釋論上，本文仍須面對民法第220條第1項之規定；因為若要將該條之「故意或過失」解釋為「優勢風險負擔」，的確有些勉強。不過，通說面對此條，也有些捉襟見肘。通說將第220條第1項之過失分為「具體輕過失」和「抽象輕過失」；再用「善良管理人」來定義「抽象輕過失」；最後把抽象輕過失套入「可歸責」。這有些奇怪。「善良管理人」出現在租賃、借貸這種用益之債或委任、寄託這種勞務之債，或用在合夥，可說是順理成章。但用在買賣？也總有方枘圓鑿之感。更何況，學說雖然又抽象地定義了什麼是「善良管理人」，卻沒有告訴法官要怎麼操作這個觀念。相較起來，優勢風險負擔理論比較有操作性的內涵。（註九四）通說迂迴地定義可歸責，卻沒有更加清晰，徒增困擾，似無必要。

那到底該如何面對第220條第1項？本文認為，契約法和侵權法同居一部民法典，又共用

參考 林易典，德國民法債篇修正簡介，月旦法學雜誌85期，頁230，2002年；陳彥良，論給付障礙法之新體例一以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌95期，頁125，2003年。另可參考 蔡晶瑩，從德國民法債務不履行之修正看給付不能規定的轉變，中原財經法學第9期，2002年。

註九一：第246條與第247條之解釋方式，請參考註一文。

註九二：若契約有分配風險，則分到風險者可歸責。

註九三：一方當事人「故意」給付不能時，照通說的看法要歸責於故意的那方。優勢風險負擔理論的結論也是一樣。如果賣方想故意把標的物搗毀，當然是賣方比較容易克制自己的慾望，而不是買方比較容易壓抑賣方的慾望（這是交易成本的差別）。賣方如果想把標的物搗毀，則其對此風險實現之機率（100%！）當然比買方清楚（這是估定成本的差別）。所以這種「故意」給付不能者一定是優勢風險負擔者。

註九四：當然，這不表示說優勢風險負擔理論對法官來說操作很簡單。法律價值判斷或法律政策分析，從來就沒有簡單過。優勢風險負擔理論的好處在於：有明確的方法論；而且可以透過法律、經濟等學門的研究者一起探尋不同契約類型的不同風險狀態。法院也可以透過案例的累積，逐步找到正確的方向。

「故意」和「過失」，由於契約法問題和侵權法問題有顯著不同，其關鍵的判斷標準—故意、過失—之定義、思路當然也應該不同。如果我們能拋開侵權法中的故意、過失圖像，獨立思索契約法的故意、過失定義，則套用「優勢風險負擔」的概念，也不是那麼奇怪吧？！再者，第225條、第226條等條之所以不使用「故意、過失」而使用「可歸責」，本來就是在保留解釋的空間；如果再引用第220條，等於是繞一圈又回到原點。又，既然通說可以用「善良管理人」的概念填充「過失」的意義，再套入「可歸責」；自然也可依本文架構將優勢風險負擔的概念填充到「過失」的意義之中。

值得注意的是，通說通常都是用主觀或客觀的心理狀態，（註九五）或是否違反注意義務來定義「歸責」。但在債各的一些規定中，歸責與否和心理狀態或注意義務沒有關係。例如：第538條違複委任者，就第三人之疏失，會被「歸責」。本文的主張是契約法不應該像刑法或侵權法那樣重視心理狀態或注意義務。當事人訂立契約就是為了合作取利、分攤風險，從風險和取利的角度制訂契約法的規則，才有意義。

## 陸、債各中分配風險的規定

本節在探討債各中明確分配風險的條文，以引證本文所提出之分析架構；並批評現行法的矛盾之處。

民法第349條、第350條、第351條其實正是

優勢風險負擔理論與多數的預設任意規定理論最好的例子。第349條分配的「第三人就買賣標的物主張權利」之風險，通常是由標的物目前的擁有者（也就是賣方）來防範，成本較低。第350條道理相同。第351條則是認為，既然買受人已經知道標的物有瑕疵，則顯然會討價還價要求較低的價格；而且，已經知道的瑕疵，不能叫做「風險」。是故，立法者體會到大多數的契約都有這樣的特徵，就將之設為預設任意規定。

委任契約原則上有專屬性（non-delegable）（第537條），第550條規定原則上「一方死亡，契約就結束」，這意味著他方死亡這個風險，己方是優勢風險負擔者。美國法上和我國法有一樣的限制，也有一樣的結論。（註九六）Posner提出的解釋是：「除非受任人有理由相信他會短命，否則死亡這個風險無法由任一方以合理的成本預防之。雖然雙方預估死亡率（也就是「風險發生率」）的能力一樣，不過，委任人比較瞭解因受任人死亡給他帶來的損失，所以，委任人是受任人死亡這個風險的優勢風險負擔者。」（註九七）

承攬契約，即使承造的房屋在快完工前燒掉，美國法上仍認為可歸責於承攬人。（註九八）我國法的第508條（註九九）意旨也同，顯然是因為「在定作人受領前」承攬人是優勢風險負擔者。

此外，優勢風險負擔理論不只能處理「給付不能」的問題。因為該理論就是在處理契約風險的分配問題，而契約風險不限於給付不能。（註一〇〇）以租賃為例，英國法上有一個著名的

註九五：具體輕過失是主觀的；抽象輕過失是客觀的。

註九六：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1112 (1952).

註九七：See RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 118 (5th ed. 1998).

註九八：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1117 (1952).

註九九：關於本條之解釋，可參考 黃茂榮，論承攬，「民法研究二」，頁180-87，學林，1999年。

註一〇〇：其實美國法上的「不可能」(impossibility)意義廣於我國法意義中的「給付不能」；也包括

案件：Paradine v. Jane(註一〇一)，描述承租人因為土地被入侵的敵國王子所佔領，無法使用收益，要求免付租金。法院判決承租人敗訴。Corbin評論道「承租人即使遇到不可抗力，仍要交租金，因為他承受占有時，就承受了利益及危險；況且土地價值若上升，租金也不會增加」。(註一〇二)至於我國法，第435條和第441條顯然沒有把這樣的風險規範清楚。(註一〇三)邱聰智教授(註一〇四)認為「只要是不可歸責於承租人，就應該類推適用第435條，使承租人可以減免租金」。林誠二教授將第435條和第441條合併以觀，似和邱聰智教授見解相仿。(註一〇五)吳秀明教授亦認為「若非可歸責於承租人，則價金危險由出租人負擔」。(註一〇六)而這種結果顯然和英國法大相逕庭。此外我們在物權篇地上權那節又還有第837條，該條很明顯地認為地上權人是優勢風險負擔者。雖然在法律體系上租賃和地上權分屬債權和物權，但許多論者都已經討論了「租賃物權化」的現象。跳出價物權二分的迷思，當事人同樣是想利用土地，只因為選擇租賃之方式，而未用地上權之方式，就使優勢風險負擔者異主？租金調整也是一樣，租賃法在第442條有規定「原則上租賃不動產，而價值有增減時，雙方可以聲請增減。但若租賃訂有期限，則不行」；然而，地上權那一節卻沒有相對應的規定，想來應該是指原則上不能更動地租之意。但是又為什麼在租賃時是「在漲

價時，承租人是優勢風險負擔者；跌價時，出租人是優勢風險負擔者」而地上權反之？

### 柒、結語

依本文理論，無論從風險的角度或是調整法律效果的角度，自始/嗣後、主觀/客觀不能的區分並無實益。這種區分亦非法條文義解釋之必然；第225條、第226條、第266條、第267條可以處理所有給付不能的案件。

「可歸責」或「不可歸責」，應該放棄以心理狀態或注意義務的角度詮釋其意義；而以本文修正後的優勢風險負擔理論，作為我國民法上判斷歸責之標準。

◎感謝熊秉元教授、詹森林教授、王文字教授、曾宛如教授、陳聰富教授、古慧雯教授、德至、靖揚、煜偉、志遠、思齊、光威給作者的寶貴幫助。

◎作者張永健個人網站：

<http://homepage.ntu.edu.tw/~r91a21006/>

E-mail: kleiber.chang@msa.hinet.net

若對本文有任何意見，歡迎來信討論。

(本文作者為台大法研所碩士)

本文所學的租金調整的問題等等。這也是本文刻意不將 impossibility 之翻譯為「不能」而翻譯成「不可能」的始意。

註一〇一：Aley, 26 (1647, K.B.)

註一〇二：See ARTHUR LINTON CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) 1137-39 (1952).

註一〇三：因為第435條規範的是「...不可歸責於承租人...滅失...」，第441條是「因承租人自己之事由...」。前者並非概括性地規範所有不可歸責於承租人的情形；文義上只針對「滅失」。

註一〇四：邱聰智，「債法各論（上冊）」，頁378，輔仁大學，1996年。

註一〇五：林誠二，「民法債篇各論（上）」，頁298，瑞興，1994年。

註一〇六：吳秀明，租賃，收錄於：黃立主編，「民法債篇各論（上）」，頁352-53，元照，2002年。

## 法務漫話

# 恢恢集（九十）

黃天才

### SARS 風暴趨緩和

令人談虎色變的 SARS 風暴似乎緩和下來了，雖然，這場來勢凶狠的風暴帶給國人在經濟、社會、人心等各方面的傷害，一時無法估算，但如果真能就此打住，不發餘威，不捲土重來肆虐，則仍然算得是不幸中之大幸，因為，許多人的預測，台灣 SARS 疫情，不會這麼快就控制住的了。

敢情是上天有眼，不忍心再加重傷害台灣老百姓；近年來，台灣老百姓已經夠苦夠痛了。

上個月，在本專欄裡，我曾有過這麼一段話：在當前疫情比較嚴重的幾個地區中，台灣在許多方面是最脆弱的一處，論環境衛生及生活品質，我們不如多倫多；論守法精神及法治觀念，我們不如香港；論令出如山，違者重罰，我們政府公權力的行使不如新加坡；論強行蠻幹，不顧人情民意，我們還不如中共大陸；這一場 SARS 瘟疫，讓我們發現了自己好些缺點缺失不及如人之處，目前疫情緊急，暫且不管這些，且待打完這一場抗疫戰爭再說。……。

### 抗疫工作未能同心一德

其實我所要想說的，並不只有上面所列的這幾項，我刻意保留了台灣在抗疫工作上所獨具的一個「特點」，那是當今世界上其他任何疫區所未見有的。上個月，因為某些顧忌，我不忍心把它寫出來。

世界上其他任何疫區，不管是加拿大、或新加坡、或越南、或中共大陸或香港，在抗疫工作上，沒有一處不是全國上下同心協力，集中所有人力物力對抗疫情的，真正做到我們當年對日本抗戰的口號：「地不分南北，人不分老幼」

全國一致抗敵。可是，台灣抗疫的情形如何呢？說來真令人痛心又失望。

我真的沒有預料到台灣的疫情能夠這麼快就緩和下來，所以，我認為是蒼天有眼，對台灣的善良老百姓格外開恩，沒有讓我們再多受苦難。因為，就我們在初期抗疫工作上的表現，疫情並不會這麼快就控制住的了。過去兩個月中，我們的抗疫工作，表現得最好的是第一線上的醫護人員，他們的服務精神及醫療技術是我們在此次瘟疫浩劫中幸未遭受慘不忍睹的結果之主要原因。表現得最差的是在號稱全民抗疫戰鬥中仍不忘卻政治鬥爭意識型態的那些政治人物。試想，其他任何疫區內，有像我們這樣一面抗疫一面進行政治鬥爭的大環境麼？

由於有意識型態或政治考量在暗中作祟，我們的抗疫工作，自始就不能全國一致或全民一致，非常明顯的呈現著中央與地方之間有心結；南部、北部之間有心結；台大醫院院長一次公開聲言政府當局偏愛「財團醫院」，我們這才知道在抗疫作戰的部署上，還有所謂「財團醫院」與公立醫院之分，我們的抗疫力量就這麼東離西散了。

### 圖以公投對抗中共打壓

其次，試看我們對世界衛生組織 WHO 援助的爭取。WHO 一直是我們努力爭取加入的國際組織，但對我們來說，以往是政治作用大於實務作用；此次，SARS 肆虐全球，為求有效控制病毒蔓延，WHO 必須掌握全球疫情資訊，並負責對全球多處疫區提供技術及物資援助，台灣為嚴重疫區之一，既有義務向 WHO 提供疫情資訊，更需要 WHO 的技術及物資支援，按理，這應該是台灣獲准加入 WHO 的最佳時機，於是，